

**UNA REGLAMENTACIÓN ESPERADA:
EL DECRETO DEL PODER EJECUTIVO QUE ESTABLECE LAS
CONDICIONES PARA QUE ALGUNAS CLÁUSULAS PENALES QUEDEN
EXCLUIDAS DEL CÁLCULO DE LA TASA DE INTERÉS IMPLÍCITA**

Jorge Rodríguez Russo
Prof. Adj. de Derecho Privado II y III

I. La Ley de Tasas de Intereses y Usura N° 18.212, que con claro impulso unificador sustituyó completamente la dispersa legislación anterior por una disciplina jurídica única, como todo cambio normativo generó dudas interpretativas, la más saliente de las cuales consistió en determinar si las cláusulas penales estaban o no incluidas en todos los casos en el cálculo de la tasa de interés implícita de la operación crediticia, especialmente en materia de compraventa de bienes inmuebles.

Si bien este texto legal estableció de manera expresa (artículo 10) que estaban incluidas -lo que en sustancia comportaba quedar sujetas a los límites y consecuencias de la usura civil- sin embargo se suscitó la controversia si ello regía únicamente para la ejecución forzada o por el contrario abarcaba también los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento.

El punto dio lugar a dos interpretaciones a nivel de doctrina nacional. Por una parte Molla y Groisman⁽¹⁾ postulaban que las cláusulas penales estaban topeadas -y que por consiguiente regía la sanción del artículo 21 de la Ley- únicamente en la vía de la ejecución forzada, pues este artículo dispone que configurada la usura "caduca el derecho a exigir el cobro", siendo reafirmado por su inciso final que refiere al "crédito subsistente a ejecutar". Esto sería indicativo que la sanción civil operaría para la ejecución forzada que promueva el acreedor, no para la resolución del contrato, pues aquí, lejos de ejecutar, se busca extinguir la relación.

En lo medular señalaban los citados autores que conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley, la cláusula penal, junto con el capital, integra el elenco de "flujos de pagos" programados en el

contrato. Por lo tanto, "para el caso de haberse pactado la acumulación de pena y cumplimiento, de acuerdo a lo ordenado por el art. 1367 inc. 2 del Código Civil, la pena debe incluirse a los efectos del cálculo de la tasa de interés implícita". "En cambio, la situación es distinta de pactarse la pena solamente para el caso de resolución del contrato por incumplimiento. Lo dicho, por cuanto, en esta hipótesis la pena no está programada para integrar el elenco de "flujos de pago" referidos en el artículo 10, o sea para el caso de cumplimiento o ejecución del contrato, sino para la otra opción que confiere el art. 1431 del Código Civil al acreedor...".

Y concluían expresando que "la pena establecida exclusivamente para el caso de optarse por la resolución del contrato, no estará sujeta a la contingencia de no poder exigirse", posición que a su entender sería "coherente con la materia regulada por la Ley constituida por las obligaciones dinerarias a pagar en momento diferente a aquél en el que se celebra la operación".

Por nuestra parte(2) entendíamos que las cláusulas penales estaban sujetas a límites o topes en todos aquellos casos en que debieran incluirse para el cálculo de la tasa de interés implícita. Y esos casos eran todos, salvo los que en el futuro el Poder Ejecutivo excluyera en base al párrafo 3º del artículo 10 de la Ley, en particular en la compraventa de inmuebles. En ese sentido indicábamos : "toda vez que la cláusula penal se computa para calcular la tasa de interés implícita, en caso de verificarse la usura civil, la pena debe ser afectada por la nulidad o caducidad; en cambio, cuando las cláusulas penales queden excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita, tal como acontecerá en los casos previstos por el inciso 3 del Art. 10 de la Ley, esto es, cuando el Poder Ejecutivo reglamente los casos excluidos, las mismas no serán afectadas en caso de configurarse la usura civil. Esto es así en la medida en que si la cláusula penal no se computa para calcular la usura (...) luego no puede ser afectada por una caducidad (o nulidad, en su caso) que se aplica como sanción a la usura".

II. De conformidad con lo previsto por el párrafo 3º del Artículo 10 de la ley 18.212(3) el Poder Ejecutivo, por **Decreto N°**

344/009, de fecha 27 de julio de 2009, viene a poner punto final a los debates que se generaron y que habían creado cierta incertidumbre a la hora de estipular una cláusula penal, aunque existe una falta de precisión en algunos aspectos del mismo que podrá dar lugar a más de una interpretación.

El artículo 2 de este Decreto Reglamentario establece: "Quedan excluidas del cálculo previsto en el artículo 10 de la Ley N° 18.212, las cláusulas penales estipuladas en los contratos de compraventa y promesas de compraventa cuando se trate del saldo de precio de bienes inmuebles y vehículos automotores y estén pactadas para el incumplimiento de obligaciones principales emergentes de los mismos. En estos casos, la cláusula penal no podrá superar el 100% del saldo exigible al momento del incumplimiento. Dicho límite será aplicable tanto en caso de ejecución forzada como de resolución de contrato".

Con ello se viene a reafirmar nuestra interpretación, en el sentido que en todos los casos estaban incluidas las cláusulas penales en el cálculo de la tasa de interés implícita o tasa interna de retorno (TIR), vale decir, tanto para la resolución, como para la ejecución forzada. Porque si no lo estuvieran para la vía resolutoria, no tendría sentido alguno que el Decreto venga ahora a excluirlas nuevamente⁽⁴⁾.

III. Además de las compraventas -y preliminares de compraventa- de inmuebles, que a texto expreso alude el artículo 10 de la Ley, el Decreto 344/009 comprende también a estos negocios cuando tengan por objeto vehículos automotores, los que ingresan en la categoría abierta "u otros bienes", que prevé el citado texto legal.

Las cláusulas penales que resultan excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita son únicamente aquellas pactadas en garantía del cumplimiento de las obligaciones principales emergentes de contratos de compraventa o preliminares de compraventa, que tengan por objeto bienes inmuebles o vehículos automotores y que no superen el 100 % del saldo de precio exigible al momento del incumplimiento.

Como se percibe, son varias las exigencias o presupuestos – condiciones en la terminología de la Ley- que deben reunirse para que resulten excluidas del cálculo de la TIR:

a) Debe tratarse de una compraventa o un preliminar de compraventa.

La referencia a las promesas de compraventa como operación de crédito que habilita la exclusión debe entenderse realizada a las denominadas “promesas anómalas”(5), puesto que el contrato preliminar típico solamente genera obligaciones de hacer un nuevo contrato(6), inexistiendo obligación de dar suma de dinero alguna, salvo para el caso de preliminar unilateral donde la parte que tiene la libertad de concluir o no el futuro contrato puede obligarse a pagar una suma de dinero(7)diferida en el tiempo, hipótesis donde efectivamente hay una operación de crédito en los términos previstos por el artículo 1º de la Ley 18.212.

b) Dichos negocios jurídicos deben tener por objeto bienes inmuebles o vehículos automotores.

c) La cláusula penal debe estar pactada para asegurar el cumplimiento de obligaciones principales emergentes de dichas operaciones.

Aquí la referencia sin duda es a las obligaciones principales de carácter dinerario, pues si lo que se difiere en el tiempo es el cumplimiento de una obligación de dar cosa que no sea dinero (de especie o de género) no se configura una operación de crédito en los términos de la Ley, resultando inaplicable la misma por ausencia de su presupuesto objetivo. Lo corrobora el propio artículo 2 del Decreto que luego de referir a cláusulas penales “pactadas para el incumplimiento de obligaciones principales” alude inmediatamente a “saldo exigible”, extremo que demuestra que la exclusión opera para las cláusulas penales estipuladas en garantía del cumplimiento de obligaciones de dar suma de dinero.

d) La obligación que resulte pendiente de cumplimiento, esto es, aquella cuya exigibilidad se difiere para un momento ulterior al perfeccionamiento del negocio jurídico, debe ser “saldo de precio”.

Si bien en estricto rigor la mentada expresión es indicativa de la subsistencia de una parte del precio pendiente de ser integrada, es dable pensar que debieran incluirse también los casos en que el mismo resulte diferido en su totalidad, lo que debió establecerse con carácter expreso, para evitar eventuales incertidumbres interpretativas.

e) Se fija un monto máximo para la exclusión: no superar el 100% del importe del saldo de precio exigible al momento del incumplimiento.

En una primera lectura del Decreto nos parece que esta es la interpretación que corresponde efectuar del penúltimo párrafo del artículo 2, que expresa: "En estos casos, la cláusula penal no podrá superar el 100 % del saldo exigible al momento del incumplimiento".

Si bien se establece un tope a la cláusula penal pactada, pensamos que es a los solos efectos de su exclusión del cálculo de la tasa de interés implícita y no un tope para la pena en sí misma, vulnerado el cual debiere pasar a ser usuraria y caducar:

Primeramente, porque la potestad concedida al Poder Ejecutivo por el artículo 10 de la Ley 18.212 es a los solos efectos de excluir algunas cláusulas penales del cálculo de la TIR, por lo cual, efectuada la exclusión, respecto a ellas no podría configurarse la sanción prevista por el artículo 21. Según los artículos 10 y 11 de la Ley, para determinar la existencia de intereses usurarios debe calcularse la tasa de interés implícita de la operación y luego procederse al cotejo con las tasas medias de interés correspondientes al trimestre móvil anterior a la fecha de constitución de la obligación(8). Por lo tanto, si la cláusula penal se excluye del cálculo de la tasa de interés implícita –cálculo que se realiza a los efectos de determinar la existencia de usura- no pueden aplicarse a su respecto los máximos previstos por el artículo 11 de la Ley, pues estos topes se establecen en función de un determinado porcentaje por encima de esta tasa de interés implícita, por lo que no estará sujeta a la eventualidad de

“caducar”. En suma, la cláusula penal no podrá ser afectada en caso de configurarse la usura civil.

Segundo, porque si el mentado límite del 100% fuera un tope para las cláusulas penales el Decreto sería violatorio de la Ley: la facultad es para reglamentar las condiciones para que algunas cláusulas penales resulten excluidas, no para establecer topes máximos diferentes a los que la Ley fija para la usura en el artículo 11.

Tercero, porque así resulta de una interpretación sistemática del Decreto 344/009 (artículos 4, 5 y 6). El primero de los nombrados disponiendo que el Banco Central determinará los “montos o topes a excluir” para la determinación de la TIR en las operaciones de crédito realizadas por instituciones financieras de acuerdo al artículo 14 de la Ley(9); el artículo 5 fijando el monto o “valor máximo a exceptuar” para el cálculo de la tasa interna de retorno en operaciones realizadas por instituciones financieras cuando el mismo surja de un cheque devuelto por falta de fondos, cuya cobertura excediera la línea de crédito pactada; el artículo 6º estableciendo que sobre los saldos asegurados de las primas de los seguros, provistos por empresas asegurados registradas en el Banco Central del Uruguay, “el monto máximo” que podrá excluirse será igual al que éste determine en cumplimiento del artículo 14 de la Ley 18.212.

Cuarto, porque el establecimiento de un nuevo tope para las cláusulas penales, equivalente al 100 % del saldo de precio exigible al momento del incumplimiento, comportaría una desvirtuación de la función y operatividad del instituto, en la medida en que si su monto no pudiera superar al de la obligación incumplida, al acreedor le sería inútil pactarla(10). La cláusula penal es un negocio jurídico accesorio dotado de un objeto propio y de una función típica también propia(11). Como enseña Gamarra(12), desempeña una función coercitiva y punitiva; por consiguiente, el monto de la pena debe sobrepasar la estimación del perjuicio y superar la función satisfactoria propia del resarcimiento, para así poder asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Esta función punitiva se

despliega sucesivamente en dos momentos diversos; antes del incumplimiento, opera como medio coercitivo que induce al deudor a cumplir para evitar la pena; verificado el incumplimiento, castiga al infractor con una sanción que no está ajustada al perjuicio sufrido, sino que lo excede.

En caso de operaciones de crédito en que el precio deba ser abonado en cuotas el "saldo exigible" podrá comprender la totalidad de lo adeudado, siempre que medie pacto de aceleración de los plazos (caducidad convencional), vale decir, que se hubiere acordado que el incumplimiento de una o más cuotas determine automáticamente la exigibilidad de las restantes. Este tipo de estipulación es perfectamente viable, pues la única limitación que al respecto establece la Ley es para los intereses moratorios, que solamente podrán aplicarse sobre las cuotas vencidas e impagas y no sobre el saldo de deuda total (artículo 3, inciso 3º)(13).

IV. La exclusión que se establece para las penas por incumplimiento rige para ambos términos de la opción del artículo 1431 Código Civil: ejecución forzada y resolución.

El Decreto excluye expresamente a las cláusulas penales cuando el acreedor opta por la resolución del contrato, lo cual es indicativo que antes no estaban excluidas y quedaban en consecuencia sujetas a los límites dispuestos por el artículo 11, con la sanción prevista por el artículo 21 (caducidad)(14) para el caso de configurarse la usura.

Con anterioridad al presente Decreto era claro que el límite regía para la ejecución forzada en caso de pactarse la acumulación de pena y cumplimiento, generándose la controversia para la resolución del contrato, que es el otro mecanismo de tutela frente al incumplimiento, que responde a la pérdida de interés del acreedor en la prestación(15), que ve así frustrada la propia expectativa16.

Ahora se aclara expresamente que la exclusión de las cláusulas penales previstas por el Decreto tiene un tope máximo y que rige para la ejecución forzada y para la resolución del contrato.

V. Un último aspecto a señalar para concluir estas primeras y provisionarias reflexiones es que la exclusión referida rige tanto para las penas por incumplimiento, como para las penas por retardo.

En ejercicio de la competencia normativa que se les confiere, y como previsión frente a un futuro incumplimiento, las partes pueden estipular una pena por retardo, que cesará evidentemente cuando el deudor ejecute tardíamente la prestación debida⁽¹⁷⁾.

En ese sentido el Decreto no distingue, refiriéndose sin más a "cláusulas penales", por lo cual deberían quedar comprendidas ambas modalidades de previsión con vistas al futuro y eventual incumplimiento. Esto significa que tanto la pena por incumplimiento, como la pena por retardo, estarán excluidas del cálculo de la tasa de interés implícita del artículo 10 de la Ley 18.212 en caso de tratarse de compraventa o preliminar de compraventa de inmuebles o automotores, en los cuales el precio o saldo de precio sea asegurado con la misma. Pero con un tope máximo para la exclusión: el 100 % del saldo de precio exigible al momento del incumplimiento.

REFERENCIAS

(1) Molla, Roque- Groisman, Carlos, "Ley 18.212: Tasas de intereses y usura. Compraventa entre particulares y cláusula penal", La Pluma, Revista Informativa de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Año 10, Nº 29, Montevideo, junio 2008, p. 39.

(2) G. Caffera- J. Rodríguez Russo- G. Fernández- E. Mantero, Intereses y usura. Análisis de la Ley Nº 18.212 de 5/12/2007 desde la perspectiva del Derecho Civil, 1ª edición, Fcu, Montevideo, diciembre de 2007, p. 147.

(3) "A los efectos de determinar la existencia de intereses usurarios en los casos previstos en los incisos anteriores, el Poder Ejecutivo con el asesoramiento de la autoridad de aplicación correspondiente, reglamentará las condiciones para que algunas cláusulas penales puedan ser excluidas de este cálculo, en particular en aquellos contratos de compraventa de inmuebles u otros bienes".

(4) Habíamos señalado que en el régimen de la Ley esta era una exclusión potencial, que no pasaba de una posibilidad, dependiente de la decisión que adoptare el Poder Ejecutivo en función de la potestad genérica de exclusión que le confiere el citado artículo 10. Cfme. Intereses y Usura, p. 113.

- (5) Sobre el punto véase Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IV, 5ª edición, Fcu, Montevideo 2006, p. 40 y ss.
- (6) Cfme. Carrara, Giovanni, *La formazione dei contratti*, Francesco Vallardi, Milano 1915, ps. 44-45. Messineo, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. I, Ejea, Buenos Aires 1986, ps. 354 y 360. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IX, 4ª edición, Fcu, Montevideo 2003, p. 66.
- (7) Gamarra, Ob. Cit., T. IX, p. 62. Messineo, Ob. Cit., p. 356.
- (8) La función que cumple la tasa de interés implícita es allanar el camino para pasar luego a compararla con los topes máximos y poder determinar la existencia o no de cargos usurarios. Cfme. Caffera- Rodríguez Russo- Fernández- Mantero, *Intereses y Usura*, p. 131.
- (9) Mediante Circulares 2.000 y 2.001, de 24 de noviembre de 2008, el Banco Central del Uruguay fijó los límites o topes máximos para las exclusiones en operaciones de crédito realizadas por instituciones de intermediación financiera e instituciones financieras que no sean administradoras de crédito o de intermediación, en cuanto a envíos de estado de cuenta, primas de contratos de seguros, gastos derivados de aviso de atraso en el pago de cuotas o por gestión extrajudicial de cobro.
- (10) En esas circunstancias sólo sería relevante para el interés del acreedor reclamar la pena si se acordare el cúmulo con el cumplimiento (artículo 1367, inciso 2º del Código Civil).
- (11) Cfme. Bianca, C. Massimo, *Diritto Civile. 5. La Responsabilità*, ristampa, Giuffrè, Milano 1997, p. 227.
- (12) Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVIII, 4ª edición actualizada, Fcu, Montevideo 2006, ps. 159 y 160.
- (13) Caffera- Rodríguez Russo- Fernández- Mantero, *Intereses y Usura*, ps. 70 y 71.
- (14) En *Intereses y Usura*, ps. 141-145, señalamos que dicha sanción no sería explicable de manera uniforme, sino que estrictamente habría caducidad a título de pena para lo que está por debajo de los topes permitidos y nulidad absoluta para aquello en que los excediere.
- (15) Roppo, Vincenzo, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano 2001, p. 944. Dalmartello, Arturo, "Risoluzione del Contratto", *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVI, Utet, Torino 1969, p. 140. Cafaro, Eugenio- Carnelli, Santiago, *Eficacia Contractual*, 3ª edición, Fcu, Montevideo 2007, p. 143 y ss. Carnelli, Santiago, "Renuncia anticipada al derecho a obtener la resolución judicial del contrato por incumplimiento y al derecho a invocar la excepción de incumplimiento", *ADCU*, T. XXXI, Fcu 1991, p. 430 y 431.
- (16) Dell'Aquila, Enrico, "La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXIX, Parte Seconda, Cedam, Padova 1983, p. 836. Scalfi, Gianguido, *Voz "Risoluzione del Contratto. I) Diritto Civile"*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, T. XXVII, Roma 1991, p. 2.
- (17) Sobre el punto véase: Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVIII, p. 170.
-